

Rechtvaardigheid: ook iets voor de jurist?

Jochem Streefkerk

1. Ter inleiding

“*Remota iustitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia?*”¹ Woorden van Augustinus die het verdienen om bij de aanvang van elk werk over staatsrecht te worden geciteerd, aldus één van de klassieke handboeken op het gebied van Nederlands staatsrecht (Elzinga & De Lange, 2006, p. 5). Het citaat brengt onder woorden waar het recht op neerkomt: de ordening van een groep mensen met behulp van regels. Zonder het recht is er volgens Augustinus geen sprake van een staat, maar een wanordelijke bende ‘rovers’. Bovendien is *iustitia* (ook) als ‘rechtvaardigheid’ te vertalen. Augustinus en met hem alle klassieke rechtsfilosofen funderen het recht en de staat op een gedachte van rechtvaardigheid.

Maar de vraag naar rechtvaardiging (of rechtvaardigheid) van het recht lijkt onder juristen en in de huidige juridische handboeken en opleidingen niet op veel aandacht te kunnen rekenen. Wanneer is het recht eigenlijk rechtvaardig? Dit essay gaat aan de hand van Jacques Derrida’s *Kracht van wet* in op de oude filosofische kwestie van de rechtvaardiging van het recht in morele termen: welk recht is rechtvaardig?

Paragraaf 2 schetst de ontwikkeling in het denken over de rechtvaardiging van recht. Verschillende argumenten van Derrida zijn terug te voeren op historische ideeën over recht en samenleving. Vervolgens worden in paragraaf 3 de meer theoretische delen van *Kracht van wet* door middel van parafrase en met verwijzing naar het historische kader behandeld. Dwang speelt een cruciale, constitutieve rol in het recht en maakt – in verschillende combinaties van zijn verschijningsvormen – het verschil tussen rechtvaardig en onrechtvaardig recht. In paragraaf 3 komt ook Derrida’s onderscheid tussen fictieve en natuurlijke rechtvaardigheid aan de orde. Dit onderscheid wordt aan de hand van stellingen van Derrida en voor-

beelden uit het Nederlandse (staats)recht verder verkend (paragraaf 4). Ten slotte wordt met Derrida antwoord gegeven op de hoofdvraag en wordt dit antwoord in verband gebracht met het historisch kader dat eerder is geschetst (paragraaf 5).

2. Een kleine geschiedenis van het staatsrecht

Alhoewel het staatsrecht – als rechtsgebied waarin de fundamentele grondslagen van de samenleving aan de orde komen – bij uitstek een rechtsgebied lijkt te zijn waarin rechtvaardigheid een rol dient te spelen, komt het woord niet voor in de indices van verschillende handboeken.² Het begrip wordt blijkbaar slechts gebruikt door rechtsfilosofen. Maar waar ligt de grens tussen filosofie en (rechts)theorie? In deze paragraaf komen in vogelvlucht enkele (staats)rechttheorieën aan de orde.

2.1. Rechtvaardiging van het recht tot 1850

Het denken over de staat begint bij klassieke schrijvers als Plato en Aristoteles: de staat (d.w.z. de ordelijke samenleving) is een natuurlijk gegeven (Elzinga & De Lange, 2006, p. 4). Een bijzondere rechtvaardiging van het bestaan van een staat is niet aan de orde, want een staat is onderdeel van de teleologische orde waar de mens in leeft. Het doel verklaart de aanwezigheid van de eigenschap³ en een onderscheid tussen de ordening zelf en de rechtvaardiging van die ordening is daarom niet te maken.

Dat wordt anders wanneer het christendom een rol van betekenis in Europa gaat spelen.⁴ De staat en het recht worden meer begrepen als een instrument, in plaats van als een vanzelfsprekende menselijke eigenschap

(pp. 4-10; Haddock, 2011, pp. 59-60 & pp. 63-9). Er is een scheiding tussen de instrumentele, technische kant van recht – die slechts secundair is – en de ethische kant – die in deze periode wordt herleid tot het goddelijke.

De ethische kant verandert op zijn beurt met de opkomst van theorieën die een sociaal contract als fundering van de staat en het (staats-) recht postuleren. De ideeën van Hobbes, Locke en Rousseau kennen een nieuwe positie toe aan de mens, namelijk als de betekenisgevende factor van het recht. De staat wordt beschreven “vanuit de mens” (Elzinga & De Lange, 2006, pp. 19-23) en er is niet langer sprake van een goddelijke rechtvaardiging van recht. De fundering wordt gevonden in een menselijke behoefte.

De nadruk die wordt gelegd op de mens als maatstaf van het (staats-) recht, wordt door Burke terzijde geschoven. Een samenleving is volgens hem te complex om te kunnen doorgronden met rechtlijnige principes als dat van een sociaal contract. De maatschappij heeft “een zekere redelijkheid in zich, die het gearticuleerde denken wel kan nadenken, maar niet kan creëren” (p. 40). Hij loopt daarmee vooruit op een historisch-organische opvatting van Von Savigny (Van den Bergh & Jansen, 2007, p. 119-22). Von Savigny vindt in het bestaan van het recht (en de historische ontwikkeling en vorming daarvan) de rechtvaardigende factor van het recht.

De ideeën van recht als rationele inventie en van recht als historisch orgaan komen aan het begin van de negentiende eeuw bij elkaar in de rechtstheorie van Hegel (Elzinga & De Lange, 2006, p. 43). Ook volgens Hegel is het geldend recht tot stand gekomen door een historisch proces, maar dan wel onder invloed van rationele inbreng. Sterker nog: het geldend recht is een weergave van de historische ontwikkeling van het rationele (Kolakowski, 2008, pp. 48-59). De historische ontwikkeling van het recht bij Burke en Von Savigny impliceert een toevalligheid, die bij Hegel wordt vervangen door een doelgerichtheid.⁵ De twee zijn als twee zijden van de medaille van de wereldontwikkeling. Hegels techniek verschilt van die van Burke en Von Savigny, terwijl een gedeelde ethische rechtvaardiging is te vinden in de vorm van de (zich ontwikkelende) maatschappij.

2.2. Filosofische impasse?

Tot zover een grove schets van de ontwikkeling van de theorieën tot omstreeks 1850. Sindsdien – aldus het *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* – is het denken over het recht niet meer op fundamentele punten (filosofisch) beïnvloed (Elzinga & De Lange, 2006, pp. 49-50). De analyse van recht en gezag binnen hun eigen, bestaande systeem is belangrijker geworden dan de vraag naar de rechtvaardiging van recht en gezag (p. 53). Met andere woorden: de vraag naar de morele rechtvaardiging van recht wordt niet meer gesteld.

Die verandering van insteek lijkt samen te hangen met de verzwakte positie van het ongecodeerde Romeins recht en gewoonterecht in de tweede helft van de negentiende eeuw (Van den Bergh & Jansen, 2007, p. 139). Door de invoering van nationale wetboeken werd de positie van het positief recht (het gecodificeerd recht) versterkt (pp. 128-129). Die versterking gold niet alleen binnen het recht, maar ook binnen de staat: stromingen van legisme (recht bestaat uit de letterlijk toegepaste wet) beletten de rechter een te vrije interpretatie van de wet. Daarmee werd ook een teleologische interpretatie, doorgaans gebruikt om geschreven recht met ongeschreven recht in overeenstemming te brengen, onmogelijk dan wel onwenselijk gemaakt (pp. 130-132).

Zo stelde Kelsen dat recht als autonoom fenomeen moet worden gezien. Recht is volgens Kelsen het enige middel om recht te creëren, het enige middel om autoriteit en bevoegdheid te funderen. Daardoor kan per definitie slechts *binnen* het rechtssysteem van recht gesproken worden (Elzinga & De Lange, 2006, pp. 53-54).⁶ Het recht fundeert daarmee dus zichzelf – en niet op een manier die hierboven met Von Savigny is aangekaart, maar op een meer vicieuze, doch empirisch controleerbare manier. Recht is simpelweg dat wat geldt, te beoordelen aan het (proces)recht zelf. De theorie van Kelsen laat herkenbare sporen achter in Derrida's werk.

Alhoewel gecodificeerd recht nog steeds van groot belang is, is het legisme wel op de achtergrond geraakt: recht is niet slechts dat wat in technische zin geldt, maar ook datgene dat in morele zin rechtvaardig wordt gevonden.⁷ Dit ligt in lijn met gangbare opvattingen over (internationale) mensenrechten (Van den Bergh & Jansen, 2007, p. 146; Venter, 2010, pp.

23-9). Deze zijn – al dan niet gecodificeerd – gestoeld op de gedachte dat er bij mensen, respectievelijk landen, een gemene deler te vinden is in de vorm van een (morele) opvatting over wat rechtvaardig is.

Kunnen we dan met het *Handboek* meegaan en constateren dat er sprake is van een filosofische impasse, of ligt de vraag van rechtvaardiging van het recht als zodanig toch weer op tafel? Dat laatste lijkt het geval en dat roept de vraag op waar Derrida in de hier geschetste ontwikkeling is te plaatsen en of hij uit deze filosofische impasse kan breken.

3. Rechtvaardigheid in *Kracht van wet*

Het is Derrida te doen om een analyse van fundamenteën van het rechtssysteem, op basis van het poneren en onderzoeken van verschillen (2013, pp. 49-53). In het geval van het rechtssysteem gaat het dan om verschillen tussen conventie en natuur (p. 51) en tussen het algemene en particuliere. Bovendien lijkt Derrida er waarde aan te hechten dat deconstructie ook effect heeft op hetgeen gedeconstrueerd wordt.⁸

3.1. Recht in termen van dwang

Alvorens in te gaan op rechtvaardigheid bespreekt Derrida verschillende vormen van dwang of “moeten” (p. 46). Dat helpt bij het maken van onderscheid tussen de begrippen recht en rechtvaardigheid, die juist in het staatsrecht zo snel door elkaar lopen.

De eerste vorm van dwang die Derrida onderscheidt, vertoont overeenkomsten met het eerder genoemde sociaal contract: Derrida spreekt van een “symbolische macht”, die onafhankelijk van expliciete instemming van de rechtssubjecten geldt, doch tegelijk op instemming kan rekenen wanneer men eraan toegeeft (p. 46). Om in een maatschappij te functioneren moet ik mij aan de heersende norm (de bestaande rechtsregels) conformeren. Het is mogelijk om daar tegenin te gaan, maar dan plaats ik me ook buiten de maatschappij. De tweede vorm van dwang is een vorm die zich soortgelijk oplegt, maar die Derrida specifiek in het licht van begrip stelt – om begrepen te worden dienen de begripsvoorwaarden aan beide kanten van een medium hetzelfde te zijn.⁹ Er is hier sprake van

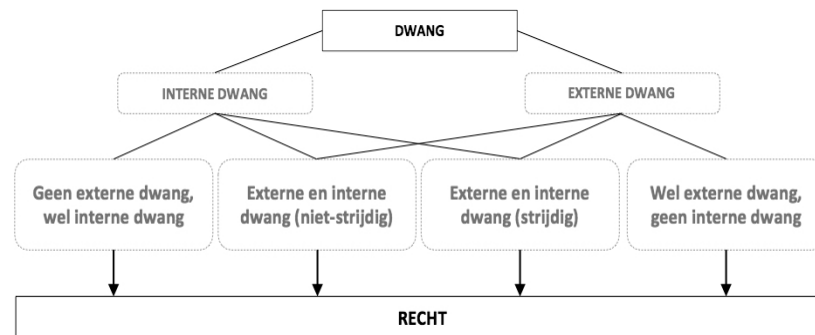
een macht van de meerderheid. Iets moet begrepen worden, op de wijze waarop de meerderheid dat begrijpt. De derde vorm van dwang bestaat uit een juridisch-politiek-ethisch ‘moeten’: een morele opvatting over wat in een bepaalde situatie het goede zou zijn, dwingt tot een bepaalde handelingswijze.

Hoe dient recht, als een vorm van dwang, te worden opgevat? Essentieel in de beantwoording van die vraag is dat Derrida lijkt aan te sluiten bij het rechtsbegrip van Kelsen. Kelsen bracht de rechtvaardiging van recht tot uitdrukking met de frase ‘recht is dat wat geldt’. Er wordt niet verwezen naar een ‘hogere’ rechtvaardiging, buiten het rechtssysteem zelf. Door Derrida wordt dit idee evenwel nader ingevuld met de stelling dat er pas sprake is van recht wanneer degenen tot wie het recht zich richt door een vorm van dwang of krachtsvertoon tot naleving van dat recht worden bewogen (p. 47). Met andere woorden: niet ‘recht is dat wat geldt’, maar ‘recht is dat wat tot gelding wordt gebracht’.

Alhoewel de mogelijkheid van een buiten het rechtssysteem gelegen rechtvaardiging van het recht direct met zoveel woorden door Derrida wordt voorbehouden, gaat deze dwang van het recht volgens hem in beginsel uit van een geïnternaliseerde opvatting van het rechtssubject¹⁰ over wat hoort (p. 47). De herkomst van de geïnternaliseerde opvatting zal ik in paragraaf 3.4 bespreken. Deze opvatting heeft mijns inziens twee eigenschappen. Enerzijds vormt zij een ‘interne facilitator’ van het recht: een middel dat een rechtssubject van binnenuit – op basis van eigen (morele) opvattingen – beweegt tot naleving van het recht. Anderzijds vormt zij het middel waarmee dwang van buitenaf herkend kan worden en aan de hand waarvan die externe dwang gewaardeerd kan worden.¹¹ Opmerkelijk aan het idee van de geïnternaliseerde opvatting is dat recht in dat opzicht bij uitstek subjectief is: het bestaat wegens dwang (een opvatting) van het rechtssubject zelf. Dit is in Derrida’s theorie een mogelijkheidsvoorwaarde van rechtvaardigheid.

Het is volgens Derrida echter ook mogelijk dat hetzelfde recht door rechtssubjecten met een andere opvatting als onrecht wordt beoordeeld. Is dat mogelijk? En zo ja, hoe dan? Kan er nog wel gesproken worden van recht, laat staan van toepassing van dat recht, wanneer dat niet kan rekenen op de dwang van de interne facilitator? De toepassing van het

recht wordt weliswaar vergemakkelijkt door de interne facilitator, maar is daarvan blijkbaar niet afhankelijk. In dit geval speelt de eerste vorm van moeten een rol: het recht wordt door een 'externe facilitator' geldig gemaakt. Dwang krijgt in deze situatie wellicht zijn meest alledaagse betekenis, nu de externe facilitator in het uiterste geval de inzet van de klassieke 'sterke arm' vereist. Minder extreem is de dreiging van een boete, die mensen ervan weerhoudt om bijvoorbeeld door rood te rijden wanneer de interne opvatting is dat het rode licht geen betekenis hoeft te hebben op een leeg kruispunt. De interne en externe dwang zijn in dit voorbeeld strijdig. Schematisch zijn nu vier mogelijke combinaties van dwang weer te geven die tot recht leiden:



3.2. Oorspronkelijk geweld als fundament

De rechtstoepassing zoals die volgens externe dwang mogelijk is, vraagt om een verklaring voor het bestaan van zulk extern (rechtssubject-vreemd) krachtsvertoon. In lijn met de gedachte van een sociaal contract komt Derrida tot de stelling dat er ooit sprake is geweest van 'oorspronkelijk geweld'. Dat geweld was noch rechtvaardig noch onrechtvaardig, maar het middel om voor het eerst gezag in te stellen (p. 49). De instelling van gezag bestaat in wezen uit de instelling van een machtsbasis om externe dwang uit te oefenen en om eventueel geïnternaliseerde opvattingen te beïnvloeden. Het element van krachtsvertoon is volgens Derrida onvervreemdbaar van het idee van recht (p. 48). Er bestaat geen recht, zonder dat het ook in

praktijk kan worden gebracht. Zonder interne facilitator moet er in elk geval een externe facilitator bestaan om over recht te kunnen spreken.

In het verlengde daarvan stelt Derrida dat er geen wetten zonder uitvoerbaarheid bestaan – een zeer opmerkelijke constatering. Weliswaar lijkt het, dat in het verlengde van de eerdere argumentatie gezegd kan worden dat er geen sprake kan zijn van *recht* zonder dat het ook tot gelding gebracht kan worden. Echter, een *wet* is wat dat betreft een contingent, arbitrair iets. Het rookverbod in de horeca en het verbod op godslastering illustreren dit. Het eerste verbod¹² kent van begin af aan al uitvoeringsproblemen (een gebrekkige externe dwang) – om maar niet te spreken van het gebrek aan interne dwang.¹³ Het verbod op godslastering is onlangs afgeschaft,¹⁴ nadat het jaren ongebruikt is gebleven. Het is veilig om te zeggen dat dit verbod (recentelijk, althans) niet uitvoerbaar was: zij het praktisch gezien (mankracht), zij het door het uiteenlopen van externe dwang en interne dwang. Wet en uitvoerbaarheid stemmen dus niet altijd overeen – behalve als de definitie zo wordt geformuleerd dat datgene wet is wat uitvoerbaar is. Maar dan komen we met 'onuitvoerbare wetten' niet verder dan een *contradictio in terminis* en blijven er (voormalige wets)regels over die niet onder de definitie van wet vallen. De in dit verband meest vergaande uitspraak over wetten kan zijn dat zij slechts de mogelijkheid bieden om recht in taal te vatten, voor zolang hun inhoud uitvoerbaar is. Zonder uitvoerbaarheid – zonder dwang – is er immers geen recht.

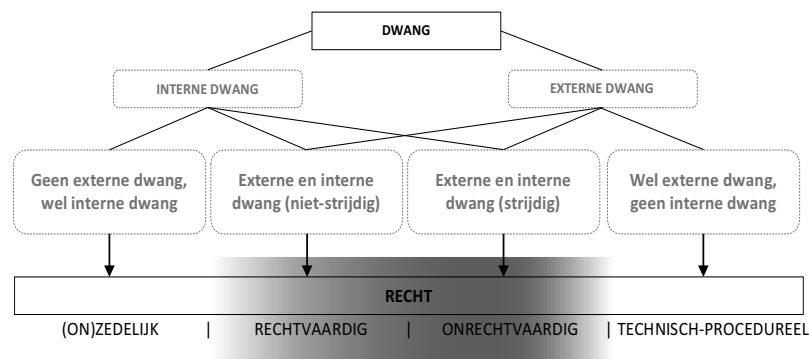
3.3. Rechtvaardigheid

Wanneer eenmaal sprake is van gezag, is er een verschil te maken tussen een rechtvaardig en onrechtvaardig krachtsvertoon. Dit verschil is de functie van de variabele manieren waarop recht zijn werking kan hebben. Derrida herdefinieert de vraag naar het verschil tussen rechtvaardig en onrechtvaardig krachtsvertoon tot de vraag naar het verschil tussen legaliteit en illegaliteit. De legale handeling is wel gewettigd en de illegale niet (pp. 48-49). Vervolgens stelt Derrida dat rechtvaardigheid en recht overeenstemmen wanneer rechtvaardigheid "kracht in handen heeft" (p. 54).

Rechtvaardig is dan de situatie waarin externe dwang kan steunen op (cq. gewettigd wordt door) de interne rechtsopvatting en samenvalt met de

interne dwang. Binnen het subjectieve domein van de interne dwang is daarom een rechtvaardig deel van het recht te identificeren, namelijk waar het samenvalt en overeenkomt met externe dwang. Dit in tegenstelling tot het moment waarin recht door een externe facilitator van toepassing is op een rechtssubject dat dit recht niet onderschrijft. In dat moment vallen de noodzakelijkheid door dwang van een externe facilitator en de geïnternaliseerde opvatting niet samen (p. 55). Het recht kan dan niet steunen op (cq. wordt niet gewettigd door) de interne opvatting van het rechtssubject en is er sprake van een onrechtvaardige situatie.

Daarnaast lijkt nog een onderdeel van het recht te onderscheiden dat in het geheel niet door externe dwang respectievelijk interne dwang geldt. Het gebied waarin weliswaar sprake is van interne opvattingen, maar dat niet door externe regels gereguleerd wordt, zou dan kunnen worden aange-merkt als het gebied van de zeden – de normen en waarden. Er bestaan mogelijk externe *verwachtingen*, maar er is geen sprake van externe dwang. Een spiegelbeeldig onderscheid lijkt ook mogelijk op het terrein waar weliswaar externe dwang wordt uitgeoefend, maar waar geen sprake is van interne opvattingen. In het recht kan gedacht worden aan niet-principiële voorschriften, zoals de kleur van kentekens. Schematisch kan deze analyse als volgt worden ingetekend:



3.4. De(con)structie van het fundament

Derrida gaat verder in op de eigenschappen van recht en haakt aan bij De Montaigne, wiens idee het is dat het de consequente aanvaarding van recht en de gewoonte is, wat recht tot recht maakt (p. 56). Die gewoonte – ‘*het mystieke fundament van het gezag*’ – lijkt simpelweg een nieuwe verwoording van het adagium ‘recht is wat geldt’. Derrida drukt er tegelijk echter een nieuw oordeel mee uit, namelijk dat recht fundamenteel onwaardeerbaar is in termen van rechtvaardigheid (p. 57).¹⁵ Het werkelijke fundament is mystiek en het gezag of de gelding van het recht is slechts *af te leiden* van de *werking* van facilitatoren. Omdat men echter altijd naar fundering (rechtvaardiging of legitimering) lijkt te zoeken, is er sprake van ‘legitieme ficties’ (pp. 57-58).

Legitieme ficties hebben tot gevolg dat recht kan worden gewaardeerd in termen van een arbitraire conceptie van rechtvaardigheid en teruggrijpen naar de maatstaf van natuurlijke rechtvaardigheid niet noodzakelijk is. Vergelijk in dit verband de concepten van interne opvattingen en externe dwang. De constructie van een rechtvaardigheidsbegrip dat afhankelijk is van de interne rechtsopvatting gaat immers nog voorbij aan de essentie en het ontstaan van de interne rechtsopvatting. Het ontstaansmoment van rechtvaardigheid kan gevonden worden in het moment van instelling van gezag – de mogelijkheid van krachtsvertoon – door het oorspronkelijk geweld. De mogelijkheid van externe dwang articuleert de interne maatstaf. Rechtvaardig is de toevallige situatie waarin het recht strookt met interne opvattingen, terwijl het ook enkel op basis van externe dwang zou kunnen gelden. Slechts door de mogelijkheid van dwang tot iets oneigen, een onrechtvaardigheid, is begrip mogelijk van het eigene en van de situatie waarin externe dwang wel strookt met de geïnternaliseerde opvatting van het rechtssubject – de subjectieve maatstaf voor externe dwang. Het gaat in die situaties telkens om toevallige rechtvaardigheid, afhankelijk van een persoonlijke interne opvatting (zie ook de schema’s hiervoor).

Het concept van een sociaal contract en temeer dat van een grondwet lijken helemaal tegemoet te komen aan dit idee van legitieme ficties. Beiden pretenderen tegelijk een fundament (door bevoegdheidstoedeling) en een maatstaf (door normstelling) te zijn – fictieve rechtvaardigheid, zonder inhoud aan de natuurlijke rechtvaardigheid te geven.¹⁶ De fictie

van deze rechtvaardigheid komt onder meer bloot te liggen in de gevallen waarin fundamentele rechten botsen: wanneer bijvoorbeeld het recht op gelijke behandeling botst met het recht op eerbiediging van religie.¹⁷

3.5. Rechtswetenschap als funderingswetenschap

Het concept van een legitieme fictie wordt door Derrida aangegrepen om nader te kijken naar de werking van recht. De toepassing en vestiging van nieuwe rechtsregels is geen natuurlijk proces en is afhankelijk van dwang (p. 59). Nu er in een *fictieve* fundering is voorzien, wordt de vraag naar het *mystieke* fundament verder weggeduwd. Praktisch gezien is die vraag de vraag naar de fundering van een grondwet, of de vraag naar de interpretatie van de regels van het fictieve fundament (pp. 60-61). Dit ‘wegduwen’ van de vraag naar het mystieke fundament is de mogelijksvoorwaarde van een deconstructieve benadering van het recht: de fundering van recht is niet te vinden en recht kan niet zonder interpretatie. Recht en natuurlijke rechtvaardigheid bewegen zich op verschillende vlakken: de eerste is gebaseerd op de werking van interne en externe facilitatoren, de tweede vormt het mystieke fundament (p. 63).

Door een interpretatieve beslissing betreffende het geldende recht kan een moment van recht én fictieve rechtvaardigheid bereikt worden (pp. 65-66). We hebben gezien dat er sprake is van een fictieve legitimatie, als ware het een weergave van wat af te leiden is uit de werking van interne en externe facilitatoren. De fundering van het staatsrecht is echter niet gecodificeerd,¹⁸ waardoor er voor interpretatie toch gegrepen moet worden naar het mystieke fundament: de natuurlijke rechtvaardigheid die zich door de gewoonte heeft bewezen (p. 68). Door deze interpretatie, of het teruggrijpen op een ander fundament, wordt de kracht van het recht in geschreven vorm (het fictieve fundament) tijdelijk ontkend: “een moment van opschorting” (p. 69). Er wordt immers gezocht naar een meer fundamentele waarde. Het samenvallen van recht en natuurlijke rechtvaardigheid zou dan theoretisch mogelijk zijn in de interpretatieve beslissing, die past binnen het recht en (unaniem) wordt geaccepteerd door rechtssubjecten. Het is echter ook mogelijk een beslissing te hebben die niet samenvalt met het recht. Een overweging uit de hiervoor

genoemde uitspraak over de betekenis van een onrechtmatige daad kan dat illustreren.

Onder “onrechtmatige daad” werd in de 19e eeuw verstaan het onrechtmatige doen of nalaten. Dit werd heel letterlijk uitgelegd als een handelen of niet-handelen dat in strijd was met een wettelijk verbod of gebod. Onrechtmatig was dus eigenlijk onwetmatig.¹⁹ De Hoge Raad verwerpt deze uitleg evenwel in 1919. In een zaak betreffende bedrijfsspionage oordeelde het Gerechtshof dat er geen sprake was van een onrechtmatige daad, omdat er kortgezegd geen wet bestond die bedrijfsspionage verbood. De Hoge Raad overweegt als volgt:

(1) dat ‘s-Hofs beslissing aan de uitdrukking ‘onrechtmatige daad’ eene beteekenis toekent dermate beperkt, dat daaronder alleen kunnen begrepen worden die handelingen waarvan het geoorloofde uit eenig wets-voorschrift rechtstreeks is af te leiden, terwijl daarbuiten vallen alle handelingen van welke dit niet kan worden aangetoond, *ook al mogen deze strijdig zijn met maatschappelijke betamelijkeid en zedelijkeid*;

(2) dat echter tot zoodanig beperkte uitlegging het artikel geen grond geeft.²⁰

Deze beslissing werkte tegelijk onbevestigend voor het voorafgaande recht (de Hoge Raad ‘ging om’), maar ook bevestigend voor het recht ná de uitspraak en het recht dat formuleert hoe recht wordt vastgesteld.²¹ Een beslissing kan grote gevolgen hebben; niet voor niets spreekt Derrida van een ruimte waarin revoluties plaats kunnen vinden (p. 69).

Het opstellen van grondwetten en (nog hoger) internationale verdragen is in dit opzicht op te vatten als slechts de invoeging van tussenstappen, die leiden tot uitstel van teruggrijpen op de niet-geformuleerde natuurlijke rechtvaardigheid. Er ontstaat een probleem wanneer zich premissen voordoen (of premissen worden opgesteld) waarover niet meer getwijfeld mag worden en die niet veranderd kunnen worden (pp. 70-1). De mogelijkheid de premisse (het recht) te verwerpen is een voorwaarde voor rechtvaardigheid (fictief en natuurlijk), omdat volgens Derrida niet kenbaar is of een premisse inderdaad in alle tijden en omstandigheden

voldoet aan het rechtvaardigheidsbegrip. De zogenaamde “eeuwigheidsclausule” van de Duitse grondwet is in dit opzicht problematisch, nu het waarden als gelijke behandeling onveranderlijk verklaart.²²

4. Rechtvaardigheid: vaardigheid van de rechter?

Na het formuleren van de eigenschappen en het kader van rechtvaardigheid, neemt Derrida enkele stellingen in over rechterlijke uitspraken, om zijn theorie nader toe te lichten. Ik illustreer deze stellingen met voorbeelden uit het Nederlandse recht.

4.1. Bevestiging van de fictie

Interessant is de stelling dat een rechterlijke beslissing niet alleen een rechtsregel moet volgen, maar – indien hij deze volgt – deze ook dient te bevestigen (p. 73). Dit ligt in lijn met de constatering dat de mogelijkheid om een premisse te verwerpen, de (overeenstemming van) fictieve en natuurlijke rechtvaardigheid mogelijk maakt. Om een acceptabele uitspraak te doen, moet de rechter zich altijd aan het reeds bestaande fictieve fundament conformeren. Daaraan ontleent zijn uitspraak legitimiteit. Tegelijk moet de uitspraak meer kunnen zijn dan een simpele toepassing van de fictie, daar het die fictie ook kan uitbreiden, aanpassen of verwerpen.

In het Nederlandse (burgerlijke) recht lijkt deze verhouding tussen recht en rechtvaardigheid te zijn gecodificeerd in de eis van redelijkheid en billijkheid.²³ Deze eis brengt tot uitdrukking dat er in bepaalde omstandigheden²⁴ kan worden afgeweken van recht. Dit vormt een mooie uitwerking van Derrida’s opvatting dat een definitie van rechtvaardigheid niet gegeven kan worden, daar het zijn wezen ontleent aan een constellatie van spelende belangen en factoren (pp. 53-54 & p. 73). De fictie laat in dit geval zelf al ruimte voor natuurlijke rechtvaardigheid.

Enige tijd geleden is op een veel gelezen forum de vraag naar motivering van de rechter weer aan de orde gesteld (Steenhuis, 2013).²⁵ Stelling: de rechter dient alleen te motiveren wanneer er uitleg nodig is. De gedachte die ten grondslag ligt aan deze stelling is blijkbaar dat uitleg slechts nodig

is, wanneer er sprake is van onduidelijke (lees: onverwachte, niet-gangbare) uitspraken. De simpele herbevestiging van een gewoonte behoeft geen motivering. Deze opvatting strookt evident niet met Derrida’s weergave van de verhouding tussen recht en rechtvaardigheid. Er dient juist geen sprake te zijn van dergelijke vanzelfsprekendheden in het recht.

De eisen van billijkheid en motivering komen eveneens terug in de eis tot beslissing die Derrida poneert. In de afweging die komt kijken bij een beslissing over randgevallen – waar dus fictieve en natuurlijke rechtvaardigheid grenzen – moet op een gegeven moment de knoop worden doorgehakt. Een rechter kan blijven hangen in de vergaring van relevante feiten en omstandigheden, maar Derrida herpakt zijn stelling dat natuurlijke rechtvaardigheid niet te definiëren is (Derrida, 2013, pp. 75-6). Het is derhalve onmogelijk een beslissing te nemen die alles in zich tot recht laat komen. Deze onmogelijkheid is precies hetgeen de wens ingeeft om telkens een rechtvaardige(re) beslissing te nemen en geen enkel recht onveranderlijk of onveranderbaar te laten zijn.

Het equivalent van deze stelling kan voor het burgerlijk recht worden gevonden in het verbod op rechtsweigering – elke rechter moet uitspraak doen in een voorgelegde zaak.²⁶ Natuurlijk is hier ook sprake van samenloop van pragmatische overwegingen met de rechtsfilosofische argumenten om een veranderlijk (veranderbaar) rechtssysteem in te richten. Zo is het op een gegeven moment ook om sociale of economische redenen nodig om in een juridisch geschil een knoop door te hakken.

4.2. Verhouding tot (natuurlijke) rechtvaardigheid

Een beslissing is dus tegelijk interpretatief en bevestigend met betrekking tot recht en vormt een noodzakelijke, maar ook belemmerende voorwaarde voor rechtvaardigheid. Hoe dan ook maken beslissingen een (nieuw) onderdeel uit van positief recht, waarmee direct het mystieke fundament verder wordt verdrongen door de fictie van de beslissing (pp. 79-81). De continue dynamiek tussen natuur en fictie is essentieel in de mogelijkheid van rechtvaardigheid. Een stelling die in verband kan worden gebracht met het debat omtrent de invoering van een toetsingsmogelijkheid van wetten aan de Grondwet.

Vooralsnog is in Nederland een rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet niet mogelijk:²⁷ wanneer het parlement een wet aanneemt, kan een rechter niet over de grondwettigheid van die wet oordelen (zoals dat in bijvoorbeeld de Verenigde Staten wel mogelijk is). Alhoewel wetten daarnaast wel degelijk aan internationale verdragen getoetst kunnen worden, lijkt er toch een wezenlijk deel van de mogelijkheid tot rechtvaardiging van wetten te missen. Immers is het, aldus Derrida, van wezenlijk belang om regels te kunnen verwerpen, wil men kunnen spreken van rechtvaardigheid. Toetsing aan internationale verdragen kan evenwel slechts het 'buiten toepassing laten' van wetten tot gevolg hebben.²⁸ Dat wil zeggen dat een wet wel als zodanig blijft bestaan, maar alleen voor de betreffende situatie (waarin strijd met een verdrag wordt geconstateerd) geen werking heeft. Waar het de wens om uitspraken mogelijk te maken betreft, zou hier dus verandering in moeten worden aangebracht. Daarmee zou overigens wel 'slechts' sprake van toetsing aan een hogere fictie (namelijk de Grondwet) – nog niet aan het mystieke fundament zelf.

Het argument van Derrida zou ook de weg openzetten naar een vorm van rechterlijk activisme, die moeilijk te rijmen valt met het begrip van een rechtsstaat (dat door Derrida als zodanig niet wordt aangevallen). Immers, wanneer een beslissing noodzakelijk is voor het samenvallen van recht en rechtvaardigheid, is het ook het enige moment waarop sturing kan plaatsvinden (vergelijk het 'moment van opschorting' in paragraaf 3.5). De rol van het parlement wordt daarmee beperkt tot de hoofdlijnen van één factor van rechtvaardigheid: het recht. Het is de vraag of Derrida dat wenselijk zou vinden.

Een slotopmerking hier verdient nog de recent in gang gezette procedure om een algemene bepaling in de Grondwet op te nemen.²⁹ Deze algemene bepaling voegt het volgende doel toe: "De Grondwet waarborgt de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten." In het kader van Derrida's onderscheid tussen fictieve en natuurlijke rechtvaardigheid kan deze 'preamble' wellicht het beste getypeerd worden als een extra laagje 'natuurlijk' vernis op (de zelffundering van) de legitieme fictie.

5. De bijdrage van Derrida

De verhouding tussen recht en rechtvaardigheid is in de loop der tijd veranderd. Van belang is dat de discussie over deze verhouding zich na een periode van een ruime honderd jaar (van grofweg 1850 tot na de Tweede Wereldoorlog) weer naar een meta-niveau lijkt te verplaatsen. Er wordt weer gekeken naar de rechtvaardiging van recht, buiten het eigen rechtssysteem.

Derrida vormt een exponent van deze ontwikkeling en geeft een theorie waarin in twee instanties – binnen én buiten het systeem – sprake is van rechtvaardigheid. Binnen het systeem is rechtvaardig de situatie waarin de interne opvatting van een rechtssubject strookt met de op hem uitgeoefende externe dwang. Onrechtvaardig is de situatie waarin de interne opvatting wordt overstemd door de externe dwang. Die (on)rechtvaardigheid is evenwel fictief, omdat deze voorbij gaat aan het ontstaan van de interne opvatting van het rechtssubject. Voor de (consequenties van) fictieve rechtvaardigheid is dus een plaats binnen het systeem en binnen de rechtswetenschap te vinden.

Het begrip van natuurlijke rechtvaardigheid, zoals door Derrida gehanteerd, lijkt evenwel moeilijker in te passen. Het idee is dat er sprake is van een fundamentele onherleidbaarheid van recht tot natuurlijke rechtvaardigheid: recht heeft de rechtvaardigheid niet in pacht. Wanneer het recht (als wetenschap) deze onherleidbaarheid zou omarmen, dan ontkent het tegelijk de pretentie die niet zelden door wetten en verdragen zelf wordt vastgelegd: om een rechtvaardige basis voor een samenleving te vormen, door de hoogste en fundamentele waarden vast te leggen.

Waar laat dit nu de jurist? Derrida dicht de rechter de nobele taak toe om de fictieve rechtvaardigheid af en toe met de natuurlijke rechtvaardigheid in overeenstemming te brengen. En alhoewel Derrida daar niet over spreekt: ook de wetgever (i.e. politici) zou hier een rol in kunnen hebben. Dat geeft al voldoende reden om juristen in ieder geval ook buiten het kader van de fictie op te leiden: te beginnen met een verplicht vak wijsbegeerte!

Dankbetuigingen

Graag dank ik hier Henri Krop en Christian van der Veeke, voor hun verhelderende vragen en aanmoediging om niet te stoppen na het inleveren van een essay. Dankzij de opmerkingen van de redactie is de lijn van dit artikel verbeterd, waarvoor eveneens veel dank.

Jochem Streefkerk (1991) studeerde Staats- en bestuursrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en studeert Wijsbegeerte van gedrags- en maatschappijwetenschappen aan dezelfde universiteit. Naast zijn werk als onderwijsjurist bij Van Doorne N.V. werkt hij aan een juridisch promotieonderzoek naar samenwerking tussen hoger onderwijsinstellingen. Zijn wetenschappelijke interesse gaat uit naar politieke en maatschappelijke vraagstukken.

'Rechtvaardigheid: ook iets voor de jurist' is de bewerking van een essay dat oorspronkelijk werd geschreven voor 'De bijdrage van de filosofie aan de menswetenschappen. Actuele thema's in alfa- en gammawetenschappen', begeleid door dr. H. Krop en dr. C. van der Veeke.

Noten

1. "Als recht[vaardigheid] verdwijnt, wat zijn staten dan anders dan roversbenden in het groot?" (Augustinus, *De civitate Dei*). Zie ook paragrafen 2 en 5.
2. De staatsrechtelijke handboeken van Elzinga & De Lange (2009) en Venter (2010). Maar ook de algemene handboeken van Cassese (2005) en Van den Bergh & Jansen (2007) maken geen melding van 'rechtvaardigheid' (dan wel 'justice').
3. Er is een ordening, omdat de mens die nodig heeft om te leven, net zoals vissen kieuwen hebben om in het water te kunnen leven.
4. Het moge reeds duidelijk zijn dat dit essay zich uitsluitend richt op Westerse begrippen.
5. Ik ga hier verder niet in op Hegels dialectiek en verschijningsvormen van deze rationaliteit en verwijs de geïnteresseerde lezer naar Kolakowski (2008). De doelgerichtheid is in dit artikel van belang.
6. Recht en soevereiniteit (van een staat) vallen hierdoor ook per definitie samen. Dit geeft aanleiding tot een interessante vergelijking tussen de teleologische benadering van de staat van de oude Griekse denkers en de legistische benadering van Kelsen. Dit essay richt zich daar verder niet op.
7. In de Nederlandse rechtspraktijk zichtbaar in het arrest Lindenbaum-Cohen, dat in

paragraaf 3.5 verder aan de orde komt. Ook de rol van de Tweede Wereldoorlog kan niet onvermeld blijven: de verwording van het Duitse recht onder het naziregime is doorgaans een sterk voorbeeld tegen het legisme.

8. Vergelijk dit met Marx' elfde stelling over Feuerbach: "De filosofen hebben de wereld slechts verschillend *geïnterpreteerd*; het komt erop aan haar te *veranderen*."

9. Een simpel voorbeeld in dit kader is de begripsvoorwaarde van taal: om elkaar te kunnen begrijpen moet je ten minste elkaars taal spreken. Die taal kan bestaan uit handen- en voetengebaren, maar pas wanneer de gesprekspartners dezelfde betekenis aan een gebaar toekennen, kan men elkaar via die taal begrijpen.

10. Een natuurlijke persoon (een mens) of een rechtspersoon (bijvoorbeeld een besloten vennootschap of stichting) met rechten en verplichtingen. Ik richt mij alleen op natuurlijke personen.

11. Vergelijk in dit kader Kants categorisch imperatief.

12. Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten (Stb. 2008, 122).

13. Getuige de wijziging van het Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten bij Besluit van 14 juni 2011 (Stb. 2011, 337) en de procedure daaromtrent, recent resulterend in een uitspraak van de Hoge Raad van 10 oktober 2014 (ECLI:NL:HR:2014:2928).

14. *Handelingen II* 2012/13, 32 203, nr. 75, item 18.

15. Merk op dat het nu dus gaat om natuurlijke rechtvaardigheid.

16. Natuurlijk proberen sommige staatscodices dat wel, middels uitgebreide preambules waarin de oorsprong of het doel van de mens of maatschappij worden uiteengezet.

17. Of er in termen van natuurlijke rechtvaardigheid geen botsingen mogelijk zijn, is iets waarover binnen de terminologie van Derrida niets is te zeggen. Recht is immers fundamenteel onwaardeerbaar in termen van rechtvaardigheid.

18. De hoogste wet (het hoogste recht) is immers per definitie niet zelf ook gefundeerd, anders dan (in eerste instantie) op procedures of (in laatste instantie) op een handeling die bij conventie wordt geaccepteerd. Vóór invoering van de Grondwet, was er immers nog geen procedure die grondwetwijziging regelde. Interpretatie van de verschillende vrijheidsrechten in de Nederlandse Grondwet (betreffende meningsuiting, vereniging, godsdienst, onderwijs) vraagt dan ook om meer dan teruggrijpen naar een hogere wet of verdragstekst: op een gegeven moment gaat het nog slechts om een politiek debat. Met het verstrijken van de tijd – en het aannemen van opeenvolgende Grondwetten – wordt dit probleem natuurlijk verder verhuuld door onder meer de verslaglegging van parlementaire debatten.

19. Illustratief is het laatste arrest waarin de Hoge Raad dit principe heeft gehanteerd (Hoge Raad 10 juni 1910, W 9038). Er was in deze zaak sprake van een gesprongen waterleiding in een kledingloods. De vrouw die boven de loods woonde weigerde – zonder bijzondere reden – de in haar woning geplaatste hoofdkraan dicht te draaien. De eigenaar van de loods

liep veel schade op en eiste een schadevergoeding van de vrouw. De rechtbank kende de schadevergoeding toe, maar de Hoge Raad ging daar niet in mee: de vrouw had geen wettelijke regel geschonden en de schade kon haar (dus) ook niet worden aangerekend.

20. Hoge Raad 31 januari 1919 (NJ 1919, 161), nummering en nadruk door auteur.

21. Ter zijde: wat hier met het burgerlijk recht ook gebeurt is dat de “maatschappelijke betamelijkheid en zedelijkheid” het domein van de externe dwang wordt ingetrokken.

22. Artikel 79 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.

23. Zie artikel 6:248 lid 2 Burgerlijk Wetboek: “Een (...) krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn”.

24. Te oordelen aan de hand van de redelijkheid en billijkheid – niet nader gespecificeerd.

25. Vergelijk tevens “Project Motiveringsverbetering in Strafvonnissen (PROMIS)” op www.rechtspraak.nl.

26. Artikel 26 Burgerlijke Rechtsvordering: “De rechter mag niet weigeren te beslissen.”

27. Artikel 120 Grondwet: “De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.”

28. Artikel 94 Grondwet: “Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.” Zie over dit onderwerp uitgebreid De Wit (2012).

29. Wetsvoorstel algemene bepaling Grondwet, 22 augustus 2014, www.internetconsultatie.nl.

Literatuur

Cassese, A. (2005). *International law*. New York: Oxford University Press Inc.

Curtis, M. (1962). *The great political theories II*. New York: Avon Books.

Derrida, J. (1990). *Force de loi: Le fondement mystique de l'autorité*. Cardozo Law Review, 11, 920-1046.

Derrida, J. (2013). *Kracht van wet*. Het ‘mystieke fundament van het gezag’. (R. Sneller, vert.). Antwerpen/Apeldoorn: Garant.

Elzinga, D.J. & De Lange, R. (2006). *Van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht*. Deventer: Kluwer.

Haddock, B. (2011). *A history of political thought*. Cambridge: Polity Press.

Hobbes, T. (1990). *The citizen*. In Gert, B. (red.), *Man and Citizen*. Cambridge: Hackett Publishing Company.

Kolakowski, L. (2008). *Main currents of Marxism*. (P.S. Falla, vert.). New York: Norton.

Locke, J. (2005). *Second treatise on government*. Verkregen op 9 juli, 2013, via <http://www.gutenberg.org/ebooks/7370>.

Nieuwenhuis, A.J. & Hins, A.W. (2011). *Hoofdstukken grondrechten*. Nijmegen: Ars Aequi Libri.

Rousseau, J.-J. (1973). *Du contrat social*. Évreux: Imprimerie Hérisssey.

Steenhuis, D. (2013, 25 juni). *Motiveren*. Verkregen op 9 juli, 2013 via <http://www.publiekrechtropolitiek.nl/motiveren/>.

Venter, F. (2010). *Global features of constitutional law*. Nijmegen: WLP.

De Wit, J.C. (2012). *Artikel 94 Grondwet toegepast: een onderzoek naar de betekenis, de bedoeling en de toepassing van de woorden ‘vinden geen toepassing’* in Artikel 94 van de Grondwet. Den Haag: Boom Uitgevers.

